



引用格式:贺大伟.《合同法》项下的预期违约:制度比较与体系重构——以预期履行不能为例[J].郑州轻工业学院学报(社会科学版),2017,18(3):43-49.

中图分类号:D913 文献标识码:A

DOI:10.3969/j.issn.1009-3729.2017.03.007

文章编号:1009-3729(2017)03-0043-07

《合同法》项下的预期违约: 制度比较与体系重构

——以预期履行不能为例

**Study on anticipatory breach system of *Contract Law*:
system comparison and theoretic reconstruction**

—Taken anticipatory impossibility of performance for example

贺大伟

HE Da-wei

华东政法大学 经济法学院, 上海 200042

摘要:预期违约是一种特殊的违约形态,它与实际违约共同构成了我国《合同法》规定的违约行为的主要形态。按照不同的标准,预期违约可以划分为明示违约和默示违约、预期拒绝履行和预期履行不能等几种具体形态。从预期违约的适用形态看,预期履行不能在学理上可以被认定为预期违约,但在我国立法中并未被实际确认。因此建议在《民法典》各分编的编纂过程中,明确预期违约制度和不安抗辩权制度的衔接点,界定两种制度的作用域,并延续《合同法》在大陆法传统体系框架内兼具英美法风格之特征。

关键词:

预期违约;
预期履行不能;
不安抗辩权

收稿日期:2016-11-16

作者简介:贺大伟(1982—),男,河南省汤阴县人,华东政法大学博士研究生,主要研究方向:经济法、商法。

我国《合同法》第108条规定:“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的,对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”这一条款被视为我国正式确立预期违约制度的标志。在这一条文中,预期违约被区分为明示违约和默示违约两种。然而,实践中的预期违约形态极为丰富,非上述两种形态所能完全涵盖。例如,甲、乙双方于5月2日约定:甲卖某名画给乙,于5月4日交付。此后可能出现四种预期违约情况:设该画于5月1日灭失,为自始客观不能;于5月1日被丙所盗,为自始主观不能;于5月3日灭失,为嗣后客观不能;于5月3日被丙所盗,为嗣后主观不能。^[1]又如,甲为一著名歌星,乙为某剧院,甲乙约定由甲于6月6日在乙方举办一场个人演唱会,乙在订约后做了大量宣传工作,并已于6月1日起售出大量门票,但6月3日甲通知乙因其生病住院而不能演出,演唱会取消,则甲的行为究竟属于预期明示违约,抑或属于预期履行不能,值得探讨。由此可见,仅仅在立法中规定明示违约和默示违约,尚不足以归纳预期违约可能出现的所有形态,有必要对预期履行不能进行探讨,以促进预期违约理论体系和制度安排的严谨化、科学化。

一、预期违约内部体系化之弥补

1. 我国《合同法》项下的预期违约

预期违约作为一种特殊的违约行为,与实际违约共同为我国《合同法》所规制,并成为违约行为的主要表现形态之一。所谓预期违约,是指在合同约定的履行义务期限届满之前,负有履行义务的一方明确表示或者以其行为表明无法继续履行义务。预期违约制度源自英美合同法,其目的在于使债权人在债务人即将违约时,提前得到法律层面的救济与保护,以免蒙受不必要的损失。预期违约制度的确立,是我国

《合同法》立法理念国际化的重要体现之一。作为维护市场经济体制下商事交易秩序、保护交易当事人合法权益、建立信用经济、推动市场繁荣的基本法律规则,我国《合同法》在立法之初就广泛参考、借鉴了英美法系和欧陆法系成功的立法经验与判例学说,采纳了现代合同法的各项新规则和新制度,并注重与国际惯例和规则的接轨,预期违约即是我国合同立法充分吸收英美合同法理论的重要成果。根据《合同法》第108条之规定,预期违约形态被区分为明示违约和默示违约。所谓明示违约,指合同履行过程中,负有履行义务的一方当事人在无正当理由的情况下,以自己明确的意思表示向合同相对方表达合同履行期限届满之前不再继续履行合同;所谓默示违约,指负有履行义务的一方当事人在履行期限届满之前,虽未以明确的意思表示告知合同相对方将不履行合同,但合同相对方基于对对方履约状态的判断,有充分的证据证明对方将不再履行合同。明示违约和默示违约的共同点在于,二者都属于当事人的主动违约行为,都侵害了相对人的期待权,但二者在违约行为的构成要件、违约形态的表现形式、违约者的主观心态和附属义务、违约后的责任认定与救济措施等方面有一定区别。

2. 预期履行不能确认的原因

以明示违约与默示违约为主要适用形态的预期违约,成为与大陆法系传统合同法理论中的实际违约制度共存的制度,极大地丰富了我我国《合同法》的违约形态理论,使之更加体系化、科学化。然而,如果将预期违约中明示与默示的标准概括化、抽象化,那么两种违约形态的共同指向均在于债务人主观上对即将违约的明知,明示或者默示仅为拒绝继续履行债务的客观表达方式,因此二者可以统称为拒绝履行,我国《合同法》第108条主要规范的是预期拒绝履行。但是,本条及其他条款对于与预期拒绝

履行相对应的违约形态——预期履行不能——则似乎未做规定。显然,较之预期拒绝履行,预期履行不能的适用性更为复杂,其与预期违约制度的体系关系也为学界长期争论,因此,对于预期履行不能制度的研究,是预期违约制度进一步体系化、科学化的关键。

相对于预期拒绝履行,预期履行不能是指:在合同履行过程中,负有合同履行义务的一方当事人的履约能力明显弱化,以至于合同相对人有足够证据表明对方难以继续履行合同。根据我国《合同法》第108条之表述,“明确表示”属于拒绝,而“以自己的行为表明”虽有疑惑,但行为往往是行为人有意识的作为或不作为,且“表明”二字也包含有主动的意味,所以这一表述暗含了债务人所持的拒绝态度,据此可以判断,《合同法》第108条规定的是预期拒绝履行。另外,《合同法》第94条规定:“有下列情形之一的,当事人可以解除合同:……(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;……”同样也可以做此理解,尽管这两处均未涉“拒绝”二字。可见,尽管对于《合同法》第68条、第69条关于不安抗辩权的规定与预期履行不能有不同的认识和争议,但从整体来看,我国《合同法》并未确立预期履行不能制度。

预期履行不能作为一种特殊的违约形态,应当成为预期违约体系的弥补,并与预期拒绝履行制度一并为我国立法所确认。

首先,从违约责任的归责原则与构成要件分析,应当承认预期履行不能制度存在的价值。预期拒绝履行基本可以被认定为实际违约,预期履行不能则未必构成实际违约。债务人违约责任的一般构成要件包括违约行为和违约人的主观过错。在违约形态中,还有在债务履行期限届满之前债务人无法履行债务的情形存在,

而此种履行不能的状态并非一定是债务人的主观故意,极有可能是客观履行不能。之所以做如此区分,是因为在包括合同法在内的民事法律体系中,行为人(债务人)的主观过错对于违约责任承担具有重要作用,即归责原则和可追责性问题。我国《合同法》中的违约责任归责原则体系由严格责任和过错责任原则构成,仅在例外情况下实行无过错责任。虽然严格责任为一般的归责原则,但并非绝对不考虑过错,因为违约方举证证明存在不可抗力的免责事由,也是表明自己没有过错。从这一意义上说,即使严格责任也要考虑过错问题,尤其应当看到,我国《合同法》仍然以过错责任作为特殊的归责原则,过错仍然在违约责任的构成中占据重要地位。^{[2]452}相对于明示违约和默示违约共同构成的预期拒绝履行,预期履行不能强调的是在履行期限届满之前,尽管债务人在客观上丧失了债务履行能力,但在主观上未明确表示拒绝履行,无论是《德国民法典》上的自始不能和嗣后不能,抑或是合同债务到期前某一特定时间点(段)的履行不能,均与预期拒绝履行存在明显差异,且同属预期违约形态。在此种情况下,应分辨债务人是否具有免责事由,之后,或依风险负担规则处理,或依违约责任归责原则处理。

其次,从立法继受的角度分析,我国应当在正视立法传统的前提下,抓住《民法典》编纂的历史契机完善法律。根据大陆法系合同法理论,实际违约的形态可以分为拒绝履行、履行不能、履行迟延和瑕疵履行四种形态。我国《民法通则》延续大陆法系尤其是《德国民法典》关于履行障碍的理论,并于第111条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的,另一方有权要求履行或者采取

补救措施,并有权要求赔偿损失。”*这里的“不履行合同义务”可以分为拒绝履行和履行不能,而“履行合同义务不符合约定条件”可以分为履行迟延和履行瑕疵。尽管我国《民法通则》未规定预期违约制度,但其关于“不履行合同义务”之规定,对于我国《合同法》关于预期违约制度的完善具有重要的指导意义,而我国正在进行的《民法典》编纂工作为这一立法精神的传承与继受提供了宝贵的历史契机。

二、预期违约外部结构化之协调

在明确了预期履行不能作为预期违约的一种形态后,研究预期履行不能同不安抗辩权之间的冲突与协调便尤为重要,原因在于:当债务人存在违约嫌疑时,预期履行不能与不安抗辩权之间的冲突,本质上属于以预期违约体系为救济核心的英美法与以抗辩权体系为救济核心的大陆法之间的冲突,两者在法律逻辑、法定事由、判断标准与救济途径等方面都植根于不同的法系土壤。在我国《合同法》条文中,体现为第108条、第94条情形(二)与第68条、第69条之间的冲突。**

具体而言,一种意见认为,《合同法》第68条、第69条对于不安抗辩权的规定就是针对预期履行不能的情形给予非违约方(预见方)设定的权利^[3];另一种观点认为,第68条、第69条对不安抗辩权制度的规定恰恰是默示违约的构成要件^[4]。结合我国《合同法》对预期违约的区分与对第68条、第69条的不同理解,本文认为,从明示和默示角度讲,第108条和第94

条第(二)种情形的规定既有明示又有默示,第68条、第69条的规定涉及的情形都是默示;而从预期拒绝履行和预期履行不能的角度讲,第108条和第94条第(二)种情形规定的是预期拒绝履行,第68条、第69条的规定则与英美法中预期履行不能制度相似。但是,从我国《合同法》抗辩权体系的制度安排考量,第68条、第69条是对合同中的不安抗辩权制度所做的规定,并涉及到了预期履行不能的一些情形。对于我国《合同法》中预期履行不能与不安抗辩权之间的冲突,有些学者主张删除不安抗辩权而确立预期不能履行^[5],也有人认为应当保留不安抗辩权制度而不设置英美法系上的预期履行不能制度^[6]。

法律是通过体现于外的法律体系和构建于内的制度结构共同发挥作用的。前者表现为体系,强调法律之间的逻辑关系;后者表现为制度或规则、秩序,强调制度之间的协调关系,如链接、冲突或挤出等。^[7]包括预期拒绝履行和预期履行不能在内的预期违约制度与不安抗辩权制度共存的结构安排正是这一规律的体现,它们之所以会形成制度适用分歧,原因在于:

其一,我国《合同法》对于预期违约制度的移植未完全本土化。我国《合同法》在吸收预期违约制度时,仅对该制度进行了较为模糊的规定,只使用了一个条款来确立预期违约制度,且未对该制度进行进一步的明确,而第94条第(二)种情形虽然涉及到了预期违约的一种,但从条款的整体性来看,更像是合同解除权适

* 2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议审议通过了《中华人民共和国民法总则》,其中第186条规定:“因当事人一方的违约行为,损害对方人身权益、财产权益的,受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。”

** 《合同法》第94条规定:“有下列情形之一的,当事人可以解除合同:……(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;……”而《合同法》第68条规定:“应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方有下列情形之一的,可以中止履行:(一)经营状况严重恶化;(二)转移财产、抽逃资金,以逃避债务;(三)丧失商业信誉;(四)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的,应当承担违约责任。”第69条规定:“当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的,应当及时通知对方。对方提供适当担保时,应当恢复履行。中止履行后,对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,中止履行的一方可以解除合同。”

用情形的规定。同时,更为重要的是,我国《合同法》并未将预期违约区分为预期拒绝履行和预期履行不能,从而限制了人们对预期违约适用类型的理解。

其二,尽管英美法系与大陆法系法律土壤不同、制度体系不同,但其中的某些制度具有相似功能,这属于不同法系对相同问题给出的具有不同逻辑思维体系却有着相同效果的解决路径,如关于不安抗辩权和预期违约的规定便是如此,二者都着眼于解决合同履行期到来之前因债务人拒绝履行或不能履行而有可能对债权人造成损害的问题,都对一些具体的情况异曲同工地进行调整,只是在适用的具体范围和救济方法等方面有所不同。

其三,违约责任的认定程序与归责体系化问题,是多数国家在处理违约责任时都需要解决的问题。如果以合同履行的不同状态进行划分,可称之为“原因进路”;如果以合同违约的后果与救济程序划分,可称之为“救济进路”。前者主要是对履行延迟、履行瑕疵、拒绝履行、履行不能等的制度设计,后者主要是对损害赔偿请求权、合同解除权等的制度安排。^[8]依照这一标准分析,预期违约属于“原因进路”,不安抗辩权属于“救济进路”。此外,需要说明的是,我国《合同法》在确立不安抗辩权制度的同时,也一并引入了同时履行抗辩权、后履行抗辩权等制度,可以说是沿袭了大陆法系的立法传统,从“救济进路”对抗辩权制度进行了较为系统的规定。

对于预期违约与不安抗辩权之间的结构冲突,应当通过立法做出必要的回应。借助当前我国《民法典》各分编启动编纂的契机,在坚持大陆法系法典体系化特征的基础上,应进一步系统性地协调两大制度。对此,本文将在借鉴国外经验的基础上,在后文中做进一步的分析

论证。

三、预期履行不能的域外法律借鉴

1. 英美法系合同法项下的预期履行不能

英美法系合同法项下的预期履行不能是否属于预期违约?法学界对此问题有不同的认识,其研判的关键在于对预期履行不能制度的起源与核心价值的界定。如同其他许多重要制度一样,英美法系的合同法项下的预期违约制度的确立也源自法官判例。其中,明示违约确立于1853年的“霍切斯特诉德拉图尔案”,默示违约确立于1894年的“辛格夫人诉辛格(Synge v. synge)案”。在这以后,法院判例与美国的《合同法重述》《第二次合同法重述》《美国统一商法典》均延续了这一制度。然而,在预期履行不能是否构成预期违约的问题上,英美法院和法学家却持不同的观点。一种观点认为,只有以明确的拒绝方式表达的违约行为——预期拒绝履行——才构成预期违约的主要形态,而合同义务人未明确表示拒绝履行的其他状态(包括预期履行不能在內)并不构成预期违约,原因在于合同履行期限届满之前,合同义务人存在通过其他途径履行义务的可能性。这一传统得到了一些学者和法院的支持,比如美国著名法学家威灵斯顿就曾明确表示预期履行不能不属于预期违约;在Ringel & Meyer INC. V. Dalstaff Brewing CORP.及其他一些案例中,法院也表达了同样的观点。相反的意见认为,预期履行不能构成预期违约的原因就在于有足够证据可以使合同权利人相信违约行为定会发生,以致合同义务无法继续履行。美国著名法学家科宾等人持这一观点,并在争论中占据上风。通过长期争论,预期履行不能逐渐被认为是预期违约的形态之一,并为立法所认可。

《美国统一商法典》第2-609条设定了预

期履行不能制度^{*},并在第2-610条专门设定了预期毁约制度,为债权人在债务人预期违约后确立了等待履行、寻求任何违约救济和停止自己对合同的履行三种救济方式。通过比较这两个条款发现,美国法从实质标准上将预期违约区分为预期拒绝履行(美国法称之为“预期毁约”)与预期履行不能,并侧重于对救济方式的程序完善,以公平保障预期履行不能中合同双方当事人的利益。

2. 大陆法系民事法项下的预期履行不能

履行不能的概念,在德国合同法和受德国法影响的一些大陆法系国家的合同法中占据着重要地位。履行不能通常可分为自始不能和嗣后不能。自始不能这一概念最早起源于罗马法的“不能给付的债务不是债务”的规则,该规则对《德国民法典》产生了一定的影响。《德国民法典》第306条规定,“以不能的给付为标的的契约,无效”。由此可见,自始不能的效力归于合同的成立及生效与否。诚如我国著名民法学家史尚宽先生所述:自始不能属于债务成立的问题,嗣后不能属于债务履行的问题。^{[2]536}因此,本文所探讨的预期履行不能,在学理上应划归至嗣后不能的理论体系。

将嗣后不能抽象化为一种违约形态,乃是德国债法的一大特点。履行不能成为违约形态,最初是由德国学者麦蒙森于1853年倡导的。麦蒙森根据对给付的三方面(标的、时间、地点)的要求而将给付区分为标的(品质或数量)的、地点的和时间的三种形态的给付不能,这样,履行不能所包含的内容大为扩展,几乎可以涵盖各种违约形态。《德国民法典》基本采

纳了这一规定,将履行不能的概念应用到违约补救和责任之中,规定了债务人对应归责于自己的给付不能的责任。《德国民法典》第276条规定:“债务人,法无其他规定,应就其故意或过失的行为负其责任”。第280条规定:“因可归责于债务人的事由致使给付不能时,债务人应对债权人因不履行而产生的损害负赔偿责任。在部分给付不能的情况下,如果部分给付对债权人无利益,债权人可以拒绝尚能履行的部分,而就全部债务的不履行要求损害赔偿。”尽管《德国民法典》未进一步就预期履行不能做出界定,但德国判例与学说关于履行障碍由履行迟延、履行不能与积极侵害债权三种形态所构成的“三分法”和《德国民法典》以履行迟延和履行不能为履行障碍主要情形的“两分法”,仍对我国完善《合同法》和制定《民法典》有重要的借鉴价值。

四、结论与展望

自中共十八届四中全会审议通过《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》并作出编纂《民法典》的重大部署以来,我国《民法典》的编纂已驶入快车道。第十二届全国人大及其常委会将编纂《民法典》和制定《民法总则》作为立法工作的重要任务,全国人大常委会分别于2016年6月、10月、12月,先后3次审议了《民法总则》草案;2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议审议通过了《中华人民共和国民法总则》,标志着我国的民事法律制度建设步入全新阶段。按照“两步走”的立法计划,在《民法总则》经全国人大审议通

* 《美国统一商法典》第2-609条规定:“1. 买卖合同双方都有义务不破坏对方抱有的获得一方正常履约的期望。当任何一方有合理理由认为对方不能正常履约时,他可以用书面形式要求对方提供正常履约的适当保证,且在他收到此种保证之前,可以暂停履行与他未收到所需之履约保证相对应的那部分义务,只要这种暂停是商业上合理的。2. 在商人之间,所提出的理由是否合理和所提供的保证是否适当,应根据商业标准来确定。3. 接受任何不适当的交付或付款,并不损害受损方要求对方对未来履约提供适当保证的权利。4. 一方收到对方有正当理由的要求后,如果未能在最长不超过30天的合理时间按当时情况提供履约的适当保证,即构成毁弃合同。”

过并生效后,编纂《民法典》各分编的工作即将启动,并拟于2018年上半年整体提请全国人大常委会审议,经全国人大常委会分阶段审议后,争取于2020年3月将《民法典》各分编一并提请全国人民代表大会审议通过,从而形成统一的《民法典》。《民法典》编纂工作为我国民事法律体系内长期存在的各项冲突制度间的协调提供了良好的历史契机,其中即包含《合同法》项下预期违约的体系完备化、结构合理化。

具体而言,一方面,鉴于我国《合同法》在确立不安抗辩权制度的同时也一并引入了同时履行抗辩权和后履行抗辩权等制度,沿袭了大陆法系的立法传统,从“救济进路”对整套抗辩权制度进行了较为系统的规定;另一方面,预期违约已被立法实际区分为明示违约和默示违约,但未确认预期履行不能。因此,未来《合同法》修订中,建议以预期拒绝履行和预期履行不能作为预期违约的基本分类,将现有的《合同法》第108条所确立的预期违约明确为预期拒绝履行,排除其与不安抗辩权在适用情形上相重叠的部分,在与其他相似制度进行综合比较与平衡后,进一步细化其适用情形、构成要件、救济途径和责任形式的规定。

因此,在《民法典》各分编的编纂过程中,宜明确预期违约制度和不安抗辩权制度的衔接点,界定两种制度的作用域,并延续《合同法》在大陆法传统体系框架内兼具英美法风格之特征。具体而言,一是应进一步明确《合同法》第108条所规定的预期违约即为预期拒绝履行;

二是应在明确预期拒绝履行的前提下,设立预期履行不能条款,以完善预期违约的内部制度体系;三是应继续保留《合同法》第68条、第69条的不安抗辩权制度,并在预期违约协调完备的前提下对其做进一步优化,以清晰界定其与预期违约之间的适用情形,厘清制度之间的边界,以使预期违约制度的内在体系和外部结构更加完备化、科学化、系统化。

参考文献:

- [1] 王泽鉴.民法学说与判例研究:第3册[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2] 王利明.合同法研究:第2卷[M].北京:中国人民大学出版社,2003.
- [3] 刘庆,蓝日皎.预期违约法律后果的比较分析[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2004(3):59.
- [4] 王利明.合同法新论·总则[M].北京:中国政法大学出版社,1996:576.
- [5] 刘凯湘,聂孝红.论合同法预期违约制度适用范围上的缺陷[J].法学杂志,2000(1):13.
- [6] 叶金强.我国合同法中的“预期违约”制度[J].南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版),2002(4):52.
- [7] 萨缪·鲍尔斯.微观经济学:行为、制度与演化[M].江艇,译.北京:中国人民大学出版社,2006:366.
- [8] 崔建远.合同法[M].3版.北京:法律出版社,2005:223-224.